



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
Curso de Direito
Núcleo de Pesquisa e Monografia

DANIELE MILAGRES BATISTA

**AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O TRATAMENTO
FAVORECIDO E DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

BRASÍLIA
2010

DANIELE MILAGRES BATISTA

**AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O TRATAMENTO
FAVORECIDO E DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. MSC Salomão Almeida
Barbosa.

BRASÍLIA
2010

Dedico este trabalho à minha família, que sempre me apoiou e incentivou. Em memória, ao meu pai Odécio.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Prof. Salomão Almeida, pelo seu conhecimento e apoio aos meus estudos.

“A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, adotou relevantes inovações nas licitações públicas, beneficiando as microempresas e empresas de pequeno porte. Foram criadas preferências, que devem ser respeitadas em todas as esferas federativas e que podem gerar problemas práticos relevantes.”

Marçal Justen Filho

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objetivo examinar a aplicação do regime favorecido e diferenciado das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações públicas, introduzido no direito brasileiro pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual ficou conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Faz-se necessário, preliminarmente, uma abordagem dos aspectos gerais sobre as licitações, a disciplina normativa, bem como os princípios gerais, as modalidades de licitação em vigor e os principais procedimentos aplicáveis à matéria. Tal questão demanda, ainda, a análise profícua dos fundamentos legais que deram origem às preferências nas licitações públicas, partindo-se da Constituição Federal, até o surgimento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e do Regulamento Federal, o Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Serão apresentadas as principais modificações no regime jurídico para as microempresas e empresas de pequeno porte, as quais visam a incentivar a sua participação no segmento das compras governamentais: o direito de postergação da prova da regularidade fiscal, o direito de preferência à contratação e as licitações diferenciadas. Pode-se, assim, definir o objeto da presente monografia como sendo a verificação analítica do regime de tratamento favorecido e diferenciado das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações públicas. Para tanto, será utilizada a metodologia dogmática-instrumental, realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com o fim de demonstrar as peculiaridades do regime de benefícios das pequenas empresas nas licitações públicas.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Licitações públicas – Microempresa – Empresa de pequeno porte – Tratamento favorecido e diferenciado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS GERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Disciplina normativa	14
1.2.1 <i>Disciplina constitucional das licitações públicas</i>	<i>14</i>
1.2.2 <i>Disciplina legal sobre as licitações públicas e aplicabilidade</i>	<i>15</i>
1.3 Princípios.....	17
1.3.1 <i>Princípio da legalidade</i>	<i>18</i>
1.3.2 <i>Princípio da impessoalidade</i>	<i>18</i>
1.3.3 <i>Princípio da igualdade</i>	<i>19</i>
1.3.4 <i>Princípio da publicidade</i>	<i>19</i>
1.3.5 <i>Princípio da moralidade.....</i>	<i>20</i>
1.3.6 <i>Princípio da vinculação ao instrumento convocatório</i>	<i>20</i>
1.3.7 <i>Princípio do julgamento objetivo ou comparação objetiva das propostas.....</i>	<i>20</i>
1.3.8 <i>Princípio da eficiência, celeridade, finalidade, justo preço e seletividade.....</i>	<i>21</i>
1.3.9 <i>Princípio da razoabilidade e proporcionalidade</i>	<i>21</i>
1.3.10 <i>Princípio da competitividade</i>	<i>21</i>
1.4 Modalidades	22
1.4.1 <i>Concorrência.....</i>	<i>22</i>
1.4.2 <i>Tomada de preços.....</i>	<i>23</i>
1.4.3 <i>Convite.....</i>	<i>23</i>
1.4.4 <i>Concurso.....</i>	<i>24</i>
1.4.5 <i>Leilão.....</i>	<i>24</i>
1.4.6 <i>Pregão</i>	<i>25</i>
1.5 Tipos de licitação	25
1.6 Procedimentos.....	26

2 O TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	30
2.1 Conceito de microempresa - ME - e empresa de pequeno porte - EPP	30
2.1.1 <i>Enquadramento no regime favorecido e diferenciado pela microempresa e empresa de pequeno porte.....</i>	<i>30</i>
2.1.2 <i>Exceções à regra geral.....</i>	<i>31</i>
2.2 Equiparação das cooperativas para auferir os benefícios do regime diferenciado das ME e EPP	34
2.3 Fundamento constitucional e legal do tratamento favorecido e diferenciado das ME e EPP.....	35
2.4 Abrangência do regime favorecido e diferenciado.....	37
2.5 Classificação das inovações	38
3 O DIREITO DE POSTERGAR A COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL	40
3.1 A postergação da regularidade fiscal na Lei Complementar nº 123/06.....	40
3.2 A postergação da regularidade fiscal no Decreto nº 6.204/07	42
3.3 O impacto do benefício no procedimento da licitação	44
4 O DIREITO DE PREFERÊNCIA NOS CASOS DE EMPATE FICTO....	46
4.1 O empate ficto na Lei Complementar nº 123/06	46
4.2 O empate ficto no Decreto nº 6.204/07	48
4.3 O impacto do direito de preferência no procedimento da licitação pública...	49
5 AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS	50
5.1 Considerações sobre o conceito de desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional	52
5.2 Considerações sobre o conceito de aumento da eficiência das políticas públicas.....	54
5.3 Considerações sobre o conceito de incentivo à inovação tecnológica.....	56
5.4 Categoria de benefícios às ME e EPP.....	58
5.5 Licitações exclusivas para ME e EPP nas contratações até oitenta mil reais.	59

5.5.1	<i>Características</i>	59
5.5.2	<i>A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07</i>	60
5.6	Licitações com subcontratação obrigatória de ME e EPP nas contratações até o limite de 30% do objeto licitado.....	61
5.6.1	<i>Características</i>	61
5.6.2	<i>A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07</i>	62
5.7	Licitações com reserva de cotas às ME e EPP.....	64
5.7.1	<i>Características</i>	64
5.7.2	<i>A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07</i>	65
5.8	Limitações à aplicação das licitações diferenciadas para as ME e EPP, de acordo com o Decreto 6.204/2007.....	67
6	ANÁLISE DAS INOVAÇÕES EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	69
	CONCLUSÃO	71
	REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

Segundo notícia veiculada pelo Serviço de Apoio a Micro e Pequena Empresa – SEBRAE, no período de 2000 a 2008 o número de microempresas - ME - e de empresas de pequeno porte - EPP - aumentou de 4,1 milhões para 5,7 milhões¹. As pequenas empresas são responsáveis pela maior parte da geração de empregos no Brasil: no ano de 2008, dos 24,9 milhões de trabalhadores com carteira assinada, 13,1 milhões pertenciam às ME e EPP².

Considerando a importância dessas empresas no cenário econômico nacional, o Governo Federal editou o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte: a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que ficou conhecida como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas³. Dentre as suas finalidades incluiu-se o aumento da participação das ME e EPP no segmento das compras governamentais.

A Lei Complementar nº 123/06 tratou de importantes benefícios de natureza tributária para as ME e EPP, com o objetivo de incentivar a atividade empresarial. Também contemplou dispositivos de Direito Comercial, Trabalhista e Processual⁴. O diploma legal inovou, ainda, nos artigos 42 a 49, do Capítulo V, o qual trata do acesso aos mercados, introduzindo modificações nas licitações públicas.

Em decorrência das modificações, a participação das pequenas empresas nas compras do Governo Federal aumentou de dois bilhões de reais em 2006 para nove bilhões e meio de reais em 2007. O aumento se deve tanto ao impacto da aplicação do Estatuto Nacional

¹ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENA EMPRESA. **Sebrae e Dieese lançam Anuário do Trabalho na MPE – 2009**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br>> Acesso em: 17 set. 2010.

² SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENA EMPRESA. **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa 2009**. 3. ed., Brasília; São Paulo: Sebrae; Dieese, 2010. p. 179.

³ BRASIL. Lei Complementar nº123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Republicado no DOU de 31.1.2009.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 11.

das Microempresas e Empresa de Pequeno Porte, quanto à participação nas licitações na modalidade de pregão eletrônico⁵.

Dada a relevância do assunto, neste trabalho serão abordados os fundamentos das licitações públicas, tratando das modalidades em vigor com ênfase nos procedimentos e nas fases do certame. Também será analisado o conceito legal de microempresa e empresa de pequeno porte, com vistas à determinação de quem são os destinatários do regime jurídico introduzido pela Lei Complementar nº 123/06. A partir disso, será desenvolvida uma minuciosa abordagem das principais novidades procedimentais e interpretativas.

Os artigos 42 e 43 do Estatuto concedem a faculdade às ME e EPP de postergar a comprovação dos requisitos de regularidade fiscal, previstos na Lei 8.666/93. Contudo, não dispensou a apresentação de toda a documentação, desde o momento da habilitação no certame⁶. Já os artigos 44 e 45 tratam do direito de preferência da microempresa e empresa de pequeno porte, que poderá reduzir seu preço inicialmente ofertado, de maneira a se tornar vencedora do certame, nos casos de empate ficto. Esse empate não se trata de igualdade de valores, mas de situações em que o preço da ME ou EPP for 5% superior ao menor preço ofertado na modalidade de pregão e 10% superior nas modalidades da Lei 8.666/93. Incide, pois, na fase de julgamento das propostas na qual a pequena empresa poderá instituir melhoria posterior na sua proposta de preço⁷.

O artigo 46 diz respeito a uma espécie de título de crédito, a cédula de crédito microempresarial, para a empresa titular de créditos decorrentes de empenhos a liquidar de órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não pagos em até 30 dias contados da data da liquidação. O assunto ainda carece de regulamentação específica e, embora esteja no capítulo sobre o acesso aos mercados, não se trata de tema afeto às licitações públicas. Portanto, a cédula de crédito microempresarial não será abordada neste trabalho.

⁵ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. **Participação das micros e pequenas empresas nas compras do governo passou de R\$ 2 bilhões para R\$ 9,5 bilhões.** Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>> Acesso em: 17 set. 2010.

⁶ MAURANO, Adriana. **O estatuto nacional das microempresas e empresas de pequeno porte e as licitações públicas.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 10.

⁷ NIEBUHR, Joel de Meneses. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

Por sua vez, nos art. 47 a 49, o legislador consignou a faculdade de dispensar tratamento diferenciado para as pequenas empresas nas contratações à administração pública, desde que regulamentado pelo respectivo ente, visando atender às finalidades de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

As inovações serão analisadas, ainda, sob a ótica do princípio da igualdade ou isonomia, visando determinar se as modificações respeitam o referido princípio.

Insta salientar que a metodologia escolhida para o desenvolvimento da presente monografia será a dogmática-instrumental, realizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que envolve o exame de livros, artigos doutrinários, legislação e decisões judiciais relacionadas ao tema proposto.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Conceito

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de licitação pública pode ser assim definido:

[...] é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados⁸.

Assim sendo, a administração pública deverá selecionar a melhor proposta possível, bem como assegurar a qualquer interessado a oportunidade de disputar a participação nas licitações da administração. Para tanto, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais: “uma de demonstração de atributos, chamada de habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento”⁹.

Marçal Justen Filho conceitua a licitação pública como sendo um “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia [...]”¹⁰. A licitação é um procedimento, pois envolve “uma série ordenada de atos jurídicos”, em que os particulares podem participar em condições de igualdade. Inerente ao procedimento tem-se a possibilidade da preclusão, instrumento relacionado ao Direito Processual, ou seja, não se pode questionar na fase subsequente o que foi decidido na anterior. A licitação pública é disciplinada pela lei e pelo ato convocatório; todos os atos devem ser realizados em estrita vinculação ao edital, pois a competência discricionária foi exaurida na sua confecção. “Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração Pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p.492.

⁹ Ibidem. p. 490-492.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 316.

participação, os critérios de seleção do vencedor”. Tais critérios são vinculantes aos particulares e à administração. Busca-se a realização de duas finalidades: a contratação da proposta mais vantajosa, ou seja, a de menor valor que atenda ao edital e a realização do princípio da isonomia em todos os seus aspectos¹¹.

1.2 Disciplina normativa

1.2.1 *Disciplina constitucional das licitações públicas*

O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 determina a obrigatoriedade da licitação pública, conforme se segue:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante licitação pública, sendo assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Emenda Constitucional nº 19/98 modificou a redação da Constituição Federal, art. 22, XXVII, atribuindo competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Devem realizar licitação pública “as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”. Nesse cenário, compete à União legislar sobre normas gerais para a administração direta, autarquias e fundações públicas, observando que para as empresas públicas e sociedades de economia mista deverá emitir regulamento próprio.

Contudo, nos termos do parágrafo único, do art. 22, da CF/88, a competência privativa poderá ser delegada da União para aos Estados e DF, mediante edição de lei complementar específica. Além dessa possibilidade, José Afonso da Silva esclarece que a Constituição Federal, quando deferiu a competência privativa à União para edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos foi omissa em relação aos Estados, ao Distrito

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 316-318.

Federal e aos Municípios. Para o autor, os tais entes podem e devem legislar de maneira supletiva¹², obedecendo à lógica do sistema de repartição de competências, a seguir detalhado:

[...] inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde a sua aplicabilidade, porque fica com a sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra a sua eficácia e passa outra vez a incidir. Ainda uma observação. A Constituição não citou os Municípios na área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral¹³.

Portanto, cabe à União a edição de normas gerais e aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios cabe suplementar a legislação sobre licitações e contratos administrativos.

Quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, a lei estabelecerá estatuto jurídico que tratará de licitações públicas e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observando os princípios da administração pública, conforme o disposto no art. 173, § 1º, III da CF/88.

1.2.2 Disciplina legal sobre as licitações públicas e aplicabilidade

Na esfera federal, a matéria é regida pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁴. Tal diploma legal estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços - inclusive de publicidade - compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do

¹² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 503-504.

¹³ Ibidem. p. 504.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 22.06.1993.

Distrito Federal e dos Municípios. Essa lei foi parcialmente alterada pelas Leis nº 8.883, de 08 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.854, de 27 de outubro de 1999, 10.438, de 24 de abril de 2002, 10.937, de 02 de dezembro de 2004, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 11.107, de 06 de abril de 2005 e 11.196, de 21 de novembro de 2005 e pela Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. A Lei nº 8.666/93 prevê, contudo, a possibilidade de contratação direta sem licitação, nos casos de inexigibilidade, pela inviabilidade de disputa entre os fornecedores, e de dispensa de licitação, hipóteses nas quais a licitação é dispensável apesar de ser possível a disputa. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estão listadas de forma taxativa nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Anote-se que as licitações para concessões de serviço ou de obra pública apresentam peculiaridades dispostas nas Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e 9.074, de 07 de julho de 1995. Também as parcerias público-privadas, modalidades de concessão, são regidas pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004¹⁵. Tais leis derrogam parcialmente a aplicação da Lei nº 8.666/93, nas hipóteses mencionadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta algumas exceções ao âmbito de abrangência da Lei nº 8.666/93: a outorga dos serviços de “radiodifusão sonora e de sons e imagens” e a licitação denominada consulta, instituída pela Lei 9.472/97, a qual criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL¹⁶. Também não se aplicam as disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos às concessões de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, por força da Lei 9.478/97, instituidora da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP¹⁷. Para o autor, todas essas exceções são inconstitucionais “pelo fato de ter toda a sua matéria tratada em regulamento e não em lei, que apenas cita a sua existência”¹⁸.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 493.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.472. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. DOU de 17.7.1997.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.478/97. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. DOU de 7.8.1997.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 494-496.

Sobre o tema, foram editadas outras normas gerais dispostas na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002¹⁹, a qual instituiu a nova modalidade de licitação denominada pregão, visando a facilitar e simplificar a aquisição e contratação de bens e serviços comuns, no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para a qual se aplicam subsidiariamente as disposições da Lei nº 8.666/93.

Adicionalmente, com a edição do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte surgiram mais normas gerais de licitações, dispostas nos artigos de 42 a 45 e de 47 a 49, as quais tratam do tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado às microempresas - ME - e empresas de pequeno porte - EPP - quando da participação de licitações públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, será reservado à pequena empresa o tratamento diferenciado da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas licitações²⁰.

Antes, contudo, faz-se necessária uma abordagem geral sobre os princípios atinentes à matéria, as modalidades de licitação existentes e as suas fases, para uma compreensão do regime jurídico próprio do assunto e embasamento necessário para a abordagem profícua das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/06.

1.3 Princípios

Segundo o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de outros que lhes são correlatos.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17.07. 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. DOU de 18.07.2002.

²⁰ BRASIL. Lei Complementar nº123, de 14.12.2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. DOU de 15.12.2006. Alt. e republicada no DOU de 31.12.09.

Destacam-se no âmbito da sistemática do pregão outros princípios atinentes às suas peculiaridades. Tais princípios estão explicitados no art. 4º do Decreto nº 3.555/00; contudo não são inconstitucionais, pois permeiam todo o conteúdo da Lei nº 10.520/02, muito embora não estejam lá relacionados como no Decreto. São eles: celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço e seletividade²¹.

A doutrina não é unânime quando o assunto é a enumeração dos princípios correlatos às licitações públicas. Esse fato é decorrência da própria natureza dos princípios, sendo uns desdobramentos dos outros. Serão citados neste trabalho aqueles entendidos como fundamentais ao desenvolvimento da licitação pública, com base na sua evolução no decorrer do tempo, desde a Lei nº 8.666/93 até a criação da modalidade do pregão.

1.3.1 Princípio da legalidade

A explicitação completa do princípio da legalidade encontra-se no artigo 4º da Lei 8.666/93: “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei”.

Ressalta-se que a legalidade pública se distingue da legalidade privada. A primeira significa o dever da administração de fazer somente o que a lei determina ou permite. Já a segunda atinge aos particulares que podem fazer tudo aquilo que não é proibido por lei²². Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, por se tratar de direito público subjetivo, “o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento”²³.

1.3.2 Princípio da impessoalidade

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade afasta quaisquer “favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que no

²¹ BRASIL. Decreto nº 3.555, de 08.08.2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. DOU de 09.08.2000.

²² MAZZA, Alexandre; Flávia Cristina Moura de Andrade. **Prática de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. vol. II. p. 332.

procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de *designar a igualdade de todos perante a Administração*”²⁴.

1.3.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos alicerces da licitação, mencionado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que proíbe preferências de uns licitantes em detrimento de outros²⁵.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por sua vez, o § 1º do inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666 proíbe que o ato convocatório da licitação admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, além de vedar o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer circunstância impertinente para o objeto do contrato²⁶.

1.3.4 Princípio da publicidade

Este princípio impõe que todos os atos e termos da licitação, inclusive a motivação dos atos discricionários, sejam efetivamente expostos a quaisquer interessados²⁷. Para tanto, o § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93 prescreve que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 498.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 330.

²⁶ Ibidem. Mesma página.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 499.

e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

1.3.5 Princípio da moralidade

Celso Antônio Bandeira de Melo entende que “o princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe para a administração e licitantes, um comportamento correto, liso, honesto, de parte a parte” ²⁸.

Tal princípio está previsto no *caput* do art. 37 e inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal. A Lei 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, sendo a primeira “um conceito vago, indeterminado, abrangendo uma esfera de comportamentos ainda não abrangida pelo Direito” ²⁹, e a segunda tem como contraponto o ato de improbidade administrativo que está definido na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992³⁰.

1.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

A primeira formalidade de uma licitação pública é a confecção do instrumento convocatório. Hely Lopes Meirelles denomina o edital como a lei interna das licitações³¹. Este princípio “obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, consigna o art. 41 da Lei 8.666/93” ³².

1.3.7 Princípio do julgamento objetivo ou comparação objetiva das propostas

Para Marçal Justen Filho a vantagem da proposta deve ser apurada segundo um julgamento objetivo. “O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores” ³³. O princípio está adstrito ao princípio da impessoalidade.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 499.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 333.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02.06.1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. DOU de 02.06.1992.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 500.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 320.

1.3.8 Princípio da eficiência, celeridade, finalidade, justo preço e seletividade

O princípio da eficiência tem sede constitucional no *caput* do art. 37, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Dele decorrem outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade.

O princípio do justo preço demanda que a administração pública “não assuma compromissos com preços fora do mercado”. Já o da seletividade “requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado”, enquanto que o da celeridade “impõe que a administração deva realizar a licitação com a maior brevidade possível”. E, por fim, o princípio da finalidade destaca que a licitação deve satisfazer os interesses da coletividade e os institucionais. Enfim, todos esses princípios estão relacionados à eficiência da licitação pública³⁴.

A sistemática introduzida pela modalidade pregão, com a inversão das fases da licitação, possibilitou aplicabilidade ao princípio constitucional da eficiência. Trouxe a interpretação de que as formalidades devem ser razoáveis de maneira que não inviabilizem a contratação mais vantajosa, quanto ao preço e qualidade. Sendo assim, deve a licitação pública ser concluída com agilidade, pois a demora contraria o interesse público³⁵.

1.3.9 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

O princípio da razoabilidade implica que as decisões administrativas, especialmente as discricionárias, devem estar amparadas em “justificativas racionais, no bom senso”. O princípio da proporcionalidade é desdobramento do primeiro, uma vez que demanda a “adequação entre os meios e os fins” pretendidos pela administração pública³⁶.

1.3.10 Princípio da competitividade

Pelo princípio da competitividade a administração pública deve agregar o maior número possível de interessados para escolher a proposta mais vantajosa ao interesse público³⁷.

³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 44-45.

³⁵ Ibidem. p. 43.

³⁶ Ibidem. p. 51-52.

³⁷ Ibidem. p. 49.

Este princípio impõe limites às formalidades inseridas nos editais de licitação, de maneira que “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou realização do fornecimento”, conforme disposto no inciso II do art. 3º da Lei 10.520/02³⁸.

1.4 Modalidades

As modalidades de licitação são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. As primeiras estão previstas na Lei nº 8.666/93 e a última na Lei nº 10.520/02. As regras da Lei Complementar nº 123/06 são aplicáveis somente à concorrência, tomada de preços, convite e pregão³⁹. A seguir será abordada a conceituação das modalidades de licitação, bem como as hipóteses de cabimento de cada uma delas.

1.4.1 Concorrência

“Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto” (redação do § 1º do art. 22 da Lei 8.666/93). Esta modalidade de licitação é reservada para contratações de maior valor, nos casos de obras e serviço de engenharia, superior a R\$ 1.500.000,00 e nos os demais casos para valores acima de R\$ 650.000,00 (letras “a” dos incisos I e II do §3º do art.23 da Lei 8.666). Além disso, é cabível a concorrência “para licitações internacionais (comportando exceções) e nos casos de licitação para contratação de empreitada integral”⁴⁰.

Também é cabível para as licitações de concessões de direito real de uso, compra e alienação de bens imóveis, alienação de bens móveis de valor superior ao previsto na Lei nº 8.666/93, art. 23, Inciso II, letra “b”, e para registro de preços, ressalvada a possibilidade de uso do pregão. Ademais, a Lei 11.107, de 06 de junho de 2005, introduziu o § 8º no art. 23, para que “no caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no *caput*

³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 49.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 22-23.

⁴⁰ Idem. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 329.

deste artigo quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número”.⁴¹

1.4.2 Tomada de preços

“Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (redação do § 2º do art. 22 da Lei 8.666/93).

Marçal Justen Filho ressalta que “a finalidade de restrição dos cadastrados é a aferição da idoneidade dos licitantes para tornar a licitação mais ágil”. Sendo assim, cabe àquele que não estiver cadastrado comprovar o preenchimento dos requisitos até três dias antes da data de apresentação dos envelopes. “Isto acarretará o processamento simultâneo do cadastramento do interessado com a tomada de preços”⁴².

No art. 23 da Lei nº 8.666/93 encontram-se as hipóteses de cabimento da modalidade que são as seguintes: para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.000,00 e para outras compras e serviços até o valor de R\$ 650.000,00. Maria Sylvia Zanella di Pietro lembra, ainda, que existe outra possibilidade de utilização da modalidade, prevista no § 3º, “para as licitações internacionais, desde que o órgão disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do art. 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação”⁴³.

1.4.3 Convite

O conceito de convite está definido no § 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 351.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 329.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.351.

pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

Também as letras “c” dos incisos I e II do art. 23 da Lei 8.666/93 determinam as hipóteses de cabimento da modalidade que são as seguintes: para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 150.000,00 e para outras compras e serviços até o valor de R\$ 80.000,00. Para as licitações internacionais poderá ser usado o convite, desde que não haja fornecedor do bem ou serviço no país⁴⁴.

1.4.4 Concurso

Faz-se “entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias” (§4º do art. 22 da Lei nº 8.666/93). Para o concurso pressupõe-se o interesse da administração pública em escolher um “trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para a obtenção de resultado prático imediato”⁴⁵.

1.4.5 Leilão

Realiza-se entre “interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis, para quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação” (§5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93).

Sua utilização é restrita aos casos em que o valor isolado ou global de avaliação não exceder o limite fixado para compras por tomada de preços (art. 17, §6º da Lei 8.666/93)⁴⁶.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.351.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 329.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 522.

1.4.6 Pregão

“Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais ou por via eletrônica”⁴⁷.

Aplica-se tão somente aos chamados bens e serviços comuns, ou seja, àqueles bens ou serviços que possam ser definidos por padrões usuais do mercado. Nessa modalidade há inversão das fases de proposta e habilitação. Além disso, na fase de propostas é possível que os licitantes ofertem lances, reduzindo os preços sucessivamente. Também pode ser realizado com o uso de recursos da tecnologia da informação, o que ficou conhecido como pregão eletrônico.

1.5 Tipos de licitação

O edital ou convite deverá conter cláusula obrigatória a respeito do tipo da licitação. As possibilidades são de licitações do tipo menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou de maior lance, de acordo com o art. 45 da Lei 8.666/93.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso [...].

Portanto, o critério de julgamento incidirá na etapa de julgamento das propostas. Na licitação do tipo menor preço vencerá a proposta de menor valor econômico. Já nas licitações tipo melhor técnica ou técnica e preço serão utilizadas, exclusivamente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, tais como de elaboração de projetos, cálculos,

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 328.

fiscalização, supervisão, gerenciamento, de engenharia consultiva em geral, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e elaboração de projetos básicos e executivos. O critério de maior lance é cabível para a modalidade leilão, na qual será vencedor aquele que oferecer a proposta de maior valor econômico.

1.6 Procedimentos

Conforme Hely Lopes Meirelles, os procedimentos das licitações públicas compreendem duas fases: a fase interna e a fase externa. Na primeira, a repartição interessada dá início ao processo e “a autoridade competente determina a sua realização”, definindo o objeto e “os recursos hábeis para a despesa”. Já a fase externa se desenvolve por meio de atos, quer sejam: “audiência pública; edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação”⁴⁸.

A audiência pública é necessária quando o valor da licitação, mesmo que se trate de licitações simultâneas ou sucessivas, exceder a cem vezes o menor valor previsto para a modalidade de concorrência, previsto no art. 23, I, “c” da Lei nº 8.666/93. Trata-se de um dispositivo de transparência para os gastos públicos, uma vez que os interessados tomarão conhecimento do assunto e poderão se manifestar a respeito, previamente à realização da licitação⁴⁹.

O próximo ato é a publicação do edital, para a convocação dos interessados em participar da licitação pública. De acordo com a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/05, as formas e prazos de publicação variam de acordo com a modalidade licitatória. A carta-convite, instrumento de convocação exclusivo da modalidade convite, não requer a publicação na imprensa oficial, contudo, qualquer interessado em participar poderá fazê-lo, desde que previamente cadastrado e num prazo de 24 horas da data e hora marcadas para abertura da licitação, nos termos do § 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2007. p. 288.

⁴⁹ Ibidem. Mesma página.

No dia e hora previstos no edital ou carta-convite será aberta a licitação, com o recebimento dos envelopes de habilitação e de propostas dos licitantes que aderirem ao certame, exceto na modalidade de pregão na forma eletrônica, no qual toda a documentação será recebida inicialmente em ambiente virtual.

Nas licitações tipo menor preço, previstas na Lei 8.666/93, ato contínuo, segue-se a habilitação dos licitantes. São abertos os envelopes contendo a documentação de habilitação e verifica-se a conformidade com os requisitos de habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos dos artigos de 27 a 31 da Lei nº 8.666/93. Dos atos de habilitação caberá recurso no prazo de cinco dias. Tal recurso poderá, ainda, ser impugnado por outro licitante interessado no julgamento do recurso.

Os licitantes habilitados seguirão à próxima etapa, na qual serão abertos os envelopes contendo as propostas de preços. Será avaliada a aceitabilidade de cada uma quanto aos requisitos de elaboração das propostas previstos no edital ou carta-convite e, a seguir, serão classificadas de acordo com os preços, sagrando-se vencedora a de menor preço. Dos atos de julgamento das propostas também caberão recursos e impugnações.

Resolvidos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação e homologação, finalizando o procedimento licitatório para que possa ocorrer a contratação do vencedor.

Na modalidade de pregão, nas formas presencial ou eletrônico, que sempre é do tipo menor preço, haverá inversão de fases e, portanto, ato contínuo à abertura da licitação será a análise da aceitabilidade e classificação das propostas. A seguir, os licitantes classificados nos termos da Lei nº 10.520/02 passarão à fase de lances, na qual serão ofertados lances reduzindo o preço inicialmente ofertado, de maneira sucessiva. Passa-se à habilitação, na qual será verificada a documentação do licitante de menor preço; caso este não atenda aos requisitos de habilitação será analisada a documentação do segundo colocado e assim sucessivamente, até que algum atenda aos requisitos e seja declarado vencedor do certame. Então, é aberto prazo para recursos e

impugnações. Resolvidos os recursos, o objeto da licitação será adjudicado pelo pregoeiro e homologado pela autoridade competente.

Para as licitações cujo critério de julgamento for o de melhor técnica ou técnica e preço, os procedimentos obedecerão ao disposto no § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666/93, conforme se segue:

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Portanto, serão estabelecidos critérios objetivos para os quais serão atribuídos pesos. No critério de julgamento de melhor técnica será vencedora a proposta que atingir a maior pontuação. Já no critério de técnica e preço a melhor proposta será aquela que atingir a maior pontuação de critérios técnicos combinados com uma pontuação pelo preço ofertado.

A seguir será abordado o tratamento favorecido e diferenciado, analisando-se os critérios de enquadramento para que as ME e EPP possam auferir os benefícios nas licitações públicas.

2 O TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

2.1 Conceito de microempresa - ME - e empresa de pequeno porte - EPP

Com a edição do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, foi criado o regime favorecido e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito das licitações e contratações da administração pública.

Para o correto entendimento da questão é necessário o conhecimento do art. 3º da LC nº 123/06, o qual trata do enquadramento no regime da Lei Complementar, ou seja, determina quem são os destinatários do tratamento diferenciado.

2.1.1 *Enquadramento no regime favorecido e diferenciado pela microempresa e empresa de pequeno porte*

Segundo Gladston Mamede, “empresa é a organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos para consecução de determinado objeto visando o lucro de maneira a remunerar aqueles que investiram na empresa”⁵⁰. Por sua vez, a atividade empresarial é desempenhada por uma pessoa física ou jurídica, denominada empresário⁵¹. Contudo, o exercício dos benefícios licitatórios não depende da habilitação da empresa para o regime tributário simplificado, denominado de Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Basta que a empresa esteja enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, de acordo com o lucro bruto auferido em um ano-calendário⁵². É relevante destacar que o critério de enquadramento no regime diferenciado da Lei Complementar nº 123/06 trata-se de um critério formal, baseado na renda bruta anual auferida pela empresa⁵³. Segundo Kioshy Harada: “são consideradas microempresas aquelas com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 240.000,00 e empresas de pequeno porte aquelas com receita bruta anual superior a R\$

⁵⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 54.

⁵² Ibidem. p. 27-29.

⁵³ Ibidem. p. 53.

240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (art. 3º)”⁵⁴. Sendo assim, para auferir os benefícios concedidos pelo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, é necessário que a pequena empresa tenha a renda bruta anual até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), como regra geral.

Gladston Mamede ressalta outra figura abrangida pelo conceito do regime: o pequeno empresário, do qual cuidam os artigos 970 e 1.179, § 2º, do Código Civil⁵⁵. É definido pelo artigo 68 do Estatuto da Microempresa e Empresa de pequeno Porte como “o empresário individual caracterizado como microempresa, que aufera receita bruta anual de até trinta e seis mil reais”⁵⁶.

Ou seja, inclui a pessoa física que desenvolve atividade empresarial. Esta categoria possui alguns benefícios em relação às pessoas jurídicas: estão desobrigados a manterem um sistema de contabilidade, com livros, balanço patrimonial e demonstrações contábeis do resultado econômico, conforme o artigo 1.179 do Código Civil de 2002.

Além disso, a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte deverá constar do nome empresarial, segundo o art. 72 da Lei Complementar nº123/06, inclusive a microempresa ou empresa de pequeno porte deverá acrescentar à sua firma ou denominação as expressões “microempresa” e “empresa de pequeno porte” ou “ME” e “EPP”, conforme o caso⁵⁷.

2.1.2 *Exceções à regra geral*

Há diversas exceções ao regime da Lei Complementar nº 123/06, demonstrando a tentativa do legislador de reprimir a simulação da existência de uma empresa apta a fruir os benefícios legais. As exceções são mencionadas nos dez incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06 e devem ser interpretadas restritivamente. Verifica-se que o legislador demonstrou preocupação com o abuso da pessoa jurídica, evitando que “a distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios propicie resultados diversos daquelas finalidades buscadas pela

⁵⁴ HARADA, Kiyoshi. **Estatuto nacional das micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002.

⁵⁶ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 106.

⁵⁷ Ibidem. p. 32.

ordem jurídica”⁵⁸. Em diversos incisos do § 4º, a vedação se aplica apenas aos casos em que a pequena empresa é exercida por pessoa jurídica. Mas há também casos de vedação quando for atividade desenvolvida por pessoa física⁵⁹. Para Gladston Mamede, as hipóteses comportam as situações nas quais a pessoa jurídica, apesar de se enquadrar nos limites da receita bruta auferida, deixará de fazer jus ao tratamento diferenciado e favorecido da Lei Complementar nº 123/06⁶⁰. Segue abaixo o texto do referido dispositivo legal:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

Se alguma das limitações ocorrer, a microempresa ou empresa de pequeno porte será excluída do regime de benefícios da Lei Complementar nº 123/06. Os efeitos se darão a

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 55.

⁵⁹ Ibidem. p. 55-56.

⁶⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 108.

partir do mês seguinte, exceto quando a empresa auferir receita bruta maior que o limite de R\$ 2.400.000,00, situação em que será excluída no ano-calendário seguinte⁶¹.

Marçal Justen Filho aborda a questão da perda superveniente da condição de enquadramento no regime favorecido:

Essa regra pode ser aplicada, sem maiores dificuldades, no âmbito das obrigações tributárias. Mas dificilmente poderia ter alguma eficácia no âmbito das contratações administrativas. Se um sujeito se afirmasse titular dos requisitos para preferências e viesse a obter a vitória numa licitação, a constatação posterior de que não fazia jus a tanto não poderia redundar na pura e simples declaração de nulidade do contrato. Sempre haveria o obstáculo do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666. Esse dispositivo determina que a constatação da nulidade da contratação não elimina o dever de a Administração promover a indenização do particular pelo que tiver sido executado. Logo, a empresa que tivesse sido indevidamente qualificada como beneficiária das preferências da LC nº 123 e em virtude disso tivesse sido contratada não poderia deixar de receber os pagamentos correspondentes à contratação e ao que já tivesse executado. Em outras palavras, estaria consolidada uma situação de fato, insuscetível de ser eliminada posteriormente.⁶²

Para o autor supracitado, a arguição de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos fica a cargo do terceiro interessado:

Em princípio, o ônus da prova do preenchimento dos requisitos para fruição do benefício é do interessado. Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123 deverá comprovar a titularidade dos requisitos necessários. Já o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os referidos benefícios recairá sobre quem argüir a existência de tais fatos. A natureza da licitação exige que a prova desses eventos se faça de modo documental. Nesse sentido, lembra-se que a comprovação da habilitação faz-se basicamente por meio documental, asserção que se aplica igualmente à configuração da existência de micro ou pequena empresa. A prova quanto a isso far-se-á por meio documental, necessariamente. Diversamente se passa com os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Quanto a eles, não se poderá eliminar a garantia constitucional da ampla defesa, o que significa que o interessado poderá valer-se de qualquer meio probatório para comprovar os fatos alegados [...] ⁶³.

⁶¹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 109.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 61.

⁶³ Ibidem. p. 63.

Outra situação apta à perda superveniente do enquadramento no regime favorecido e diferenciado está prevista no parágrafo 2º do art. 3º da LC nº 123/06:

§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o *caput* deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

Assim sendo, deverá ser calculado mês a mês o valor da receita bruta anual e, se este ultrapassar a fórmula do número de meses multiplicado por duzentos mil reais (1/12 do limite de dois milhões e quatrocentos mil reais), a empresa perderá o enquadramento no regime especial da LC nº 123/06.

A ME ou EPP deverá declarar a sua condição no início do procedimento licitatório, sendo que a declaração falsa está sujeita às penas da lei.

2.2 Equiparação das cooperativas para auferir os benefícios do regime diferenciado das ME e EPP

A Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, no art. 34, determinou a aplicação das disposições acerca da preferência nas contratações públicas às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, incluídos os atos cooperados e não-cooperados.

Segundo Jessé Torres Pereira Junior e Merinês Restelatto Dotti:

Às cooperativas que auferem receita bruta anual de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) foram estendidos os benefícios deferidos às empresas de pequeno porte e microempresas pela LC nº 123/06, dentre os quais tratamento diferenciado quando participarem de licitações (notadamente, prazo para a emenda de irregularidades fiscais e empate ficto), regime a que fazem jus por direito próprio e independentemente da participação, no certame, de microempresas e empresas de pequeno porte. Da mesma forma como o regime privilegiado não se poderá aplicar às microempresas e empresas de pequeno

porte que incidam nas vedações do art. 3º, § 4º, da LC nº 123/06, também as pseudo cooperativas estarão dele excluídas⁶⁴.

As cooperativas podem participar das licitações públicas, contudo deverão ser observadas as suas peculiaridades. Alguns órgãos de diversos entes da federação optaram por não permitir a participação das cooperativas nas licitações públicas. A opção se funda no argumento de prevenção da responsabilidade solidária, definida na Súmula nº 331-TST, item IV, nos casos de configurar simples intermediação de mão-de-obra, com subordinação, habitualidade e pessoalidade⁶⁵. Por outro lado, de acordo com o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, da 20ª Vara do Trabalho/DF⁶⁶ e no Acórdão nº 1815/2003 – Plenário, do Tribunal de Contas da União⁶⁷, é possível a contratação pública de cooperativas, desde que não se trate das pseudo cooperativas, ou seja, aquelas que nas suas relações de trabalho demonstrem subordinação, habitualidade e pessoalidade, tais como: serviços de limpeza e conservação, segurança, vigilância, etc.

Dessa forma, os benefícios constantes do Capítulo V da Lei Complementar nº 123/06, de acordo com a determinação contida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, devem ser aplicados às cooperativas equiparadas às microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto, perde a eficácia o dispositivo contido na LC nº 123/06, art.3º, §4º, inciso VI, que excluía as cooperativas, salvo as de consumo, da incidência do regime diferenciado.

2.3 Fundamento constitucional e legal do tratamento favorecido e diferenciado das ME e EPP

O princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consta do art. 170, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios gerais da ordem econômica.

⁶⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto Dotti. **As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06 e Lei nº 11.488/07)**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. 3ª Turma. ACP nº 01082. Relator Desembargador Bertholdo Satyro. Brasília, DF, 03 jun. 04. DJ de 23.4.04.

⁶⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. AC nº 1815. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 nov. 03. DOU de 09.12.03.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O texto original do inciso IX, do art. 170 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 06/95, era o seguinte: “IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. Dessa maneira, atualmente, pouco importa se as empresas de pequeno porte possuem capital nacional ou estrangeiro, sendo fundamental, apenas, que essas empresas sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham a sede de sua administração no país. Também, no art. 179 estabeleceu que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando à incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por lei.

Já o fundamento para edição de regras sobre licitações decorre da Constituição Federal de 1988, art. 22, inciso XXVII, pelo qual à União compete privativamente a edição de normas gerais sobre licitações e contratações administrativas. Assim, no exercício dessa competência, o legislador introduziu na LC nº 123/06 disposições acerca de normas gerais de licitações e contratos, além das já existentes, dispostas nas Leis 8.666/93 e 10.520/02.

O escopo inicial da LC nº 123/06 era abordar a questão tributária, em conformidade com a CF/88, art. 146, alínea “d”, Inciso III, dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 42/2003:

Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

A Constituição Federal de 1988 previu que o regime tributário específico e próprio das pequenas e microempresas seria definido por meio de lei complementar. Por

consequente, o Congresso Nacional produziu de um único diploma legislativo para disciplinar sob vários aspectos o regime jurídico das pequenas e microempresas, inclusive a questão das licitações públicas⁶⁸. Por sua vez, a Constituição Federal não exige que a matéria seja tratada por lei complementar, por isso as regras de licitações e contratações públicas da Lei Complementar nº 23/06 têm eficácia de lei ordinária.

Assim sendo, as regras da LC nº 123/06 sobre licitações têm natureza de normas ordinárias. A prevalência sobre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02 deriva de sua posteridade. Portanto, cabe adotar o tratamento hermenêutico das leis ordinárias nos artigos de 42 a 45 e 47 a 49 da LC nº 123⁶⁹.

2.4 Abrangência do regime favorecido e diferenciado

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, introduzido pela Lei Complementar nº 123/06, de 14 de dezembro de 2006, revogou a Lei nº 9.841/99, na qual já havia uma tentativa tímida de trato da questão licitatória, conforme se segue: “Art. 24 A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta lei”. Contudo, não houve regulamentação para o dispositivo.

A Lei Complementar nº 123/06 foi o resultado de gestões do Serviço de Apoio a Micro e Pequena Empresa - SEBRAE - e da Frente Empresarial para a reunião de diversos projetos de lei que tramitavam nas casas legislativas do Congresso Nacional, que tratavam de questões das pequenas empresas⁷⁰. Porém, a justificativa do Projeto de Lei Complementar nº 123, de 19 de janeiro de 2004, não abordou as pretensões de alteração no regime jurídico das licitações públicas, concentrando-se no plano tributário, com a redução de formalidades e criação do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES⁷¹. Contudo, a edição da Lei

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 19.

⁶⁹ Ibidem. p. 20.

⁷⁰ LIMA, Jonas. **Licitações para pequenas empresas**: novidade da década de 40. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

Complementar nº 123/06 introduziu modificações profundas nas questões das compras governamentais⁷².

Quanto à abrangência, o art. 1º da Lei Complementar nº123/06 prescreve normas gerais relativas ao tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte para aplicação no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No que diz respeito às modalidades de licitação, o regime favorecido e diferenciado é aplicável à concorrência, tomada de preços, convite e pregão, não sendo aplicável ao concurso e ao leilão⁷³.

2.5 Classificação das inovações

Joel Meneses de Niebuhr comenta as inovações classificando-as da seguinte maneira:

A Lei Complementar prescreve normas que afetam as licitações públicas nos seus arts. 42 e 49. Os arts. 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os arts. 44 e 45 estatuem em favor delas “direito de preferência”. O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os arts. 47, 48 e 49 dispõem sobre “tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte”, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente⁷⁴.

Não é escopo deste trabalho a análise do artigo 46, o qual trata da possibilidade de emissão da cédula de crédito microempresarial, que é um título de crédito, tendo em vista que o tema é afeto ao Direito Comercial e não às licitações públicas.

Como bem destaca Marçal Justen Filho “partiu-se do pressuposto de que a própria Constituição assegura proteção à atuação das pequenas empresas”⁷⁵. O doutrinador, ainda, classificou as novidades como: a) o regime próprio da regularidade fiscal; b) as preferências propriamente ditas – referindo-se ao direito de preferência das microempresas e

⁷² NIEBUHR, Joel de Meneses. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 23

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Meneses. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 11.

empresas de pequeno porte; e c) as licitações diferenciadas, referindo-se aos art. de 47 a 49 da LC 123/06.

As modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/06 e previstas nos art. de 42 a 45, a possibilidade de regularização fiscal tardia e o direito de preferência nos casos de empate ficto, incidem principalmente nas etapas de habilitação e julgamento das propostas, mas também afetam outras etapas do procedimento licitatório, conforme será abordado em capítulo próprio. Quanto ao critério de julgamento tem-se que a possibilidade da regularização fiscal tardia é cabível nas licitações tipo menor preço, melhor técnica e técnica e preço. Já o benefício do direito de preferência nas situações de empate ficto somente é cabível nas licitações do tipo menor preço⁷⁶. Em contraponto, as modificações previstas nos art. de 47 a 49 são de outra natureza, pois estabelecem cotas ou determinam a possibilidade participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte em determinadas licitações, desde que previsto no edital ou carta-convite e regulamentado pelo respectivo ente. Configuram licitações diferenciadas, caracterizadas por reserva de parcelas ou de todo o objeto para as microempresas e empresas de pequeno porte, não excluindo a aplicação dos demais benefícios, previstos nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06.

No âmbito da administração pública federal foi editado o Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, regulamentando o tratamento diferenciado⁷⁷.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 23.

⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. DOU de 5.9.2007.

3 O DIREITO DE POSTERGAR A COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL

3.1 A postergação da regularidade fiscal na Lei Complementar nº 123/06

Na fase de habilitação da licitação pública, de acordo com o artigo 27 da Lei 8.666/93, serão exigidos do licitante, exclusivamente, documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no Inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 123/06, no art. 42, determina que “nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato”. Contudo, a regularidade fiscal tem previsão no artigo 29 da Lei nº 8.666/93, devendo ser comprovada conforme se segue:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei”.

Marçal Justen Filho entende que a regularidade fiscal compreende a prova regular de todo o disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/93⁷⁸. Por outro lado, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti entendem que a Lei Complementar nº 123/06 refere-se à regularidade fiscal como sendo somente a inexistência de débitos a serem regularizados⁷⁹.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 65.

⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

Contudo, não se pode restringir o alcance da Lei Complementar, uma vez que o dispositivo legal não excepcionou nenhuma das hipóteses de regularidade fiscal previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Dessa forma, as microempresas - ME - e empresas de pequeno porte - EPP - poderão participar das licitações, mesmo que quaisquer de seus documentos de regularidade fiscal estejam vencidos ou apresentem algum defeito. Contudo, conforme o art. 43 da LC nº 123/06, “as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida [...]”.

Sendo assim, as ME e EPP não deverão ser inabilitadas caso haja alguma restrição na sua documentação de regularidade fiscal. Para Joel Meneses Niebhur “o juízo sobre a habilitação das microempresas e das empresas de pequeno porte de cujas certidões apresentaram defeitos é suspenso, é postergado”⁸⁰. Para tanto, será concedido à microempresa e empresa de pequeno porte o prazo de dois dias, prorrogáveis por igual período, para que possa regularizar a certidões, conforme o parágrafo 1º, do art. 43.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa”.

Caso a empresa que requereu o benefício não regularize a sua documentação ou não comprove a regularidade fiscal, terá como penalidade o disposto no § 2º do art. 43, da LC nº 123/06:

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

⁸⁰ NIEBUHR, Joel de Meneses. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

O texto da norma dispõe que, se a ME ou EPP não regularizar a sua situação, decairá do direito à contratação. Contudo, tal direito somente surge após a adjudicação⁸¹. Para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti a Lei Complementar indica que o benefício deveria ser concedido após a adjudicação⁸².

Outro elemento que indica a intenção do legislador de que a concessão do benefício fosse feita após a adjudicação é a possibilidade de aplicação das sanções previstas no artigo 81 da Lei 8.666/93:

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.

Tal dispositivo trata da recusa do adjudicatário em assinar o contrato, caso em que será considerado como descumprimento total da obrigação assumida. Portanto, a etapa a que se refere somente poderia ser após a adjudicação e homologação, quando o vencedor é chamado para assinar o contrato. Dessa forma, fica clara a posição do legislador de que o momento adequado à concessão do benefício seria após a adjudicação e homologação, como condição para a contratação⁸³. Contudo, o assunto foi regulamentado pelo Governo Federal de maneira diversa, o que será tratado adiante.

3.2 A postergação da regularidade fiscal no Decreto nº 6.204/07

O texto dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/06 foi reproduzido no Regulamento Federal, inovando ao trazer em que momento a administração abrirá o prazo de dois dias úteis, prorrogáveis, para a regularização da documentação fiscal.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 72.

⁸² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 72.

Art. 4º A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.

§ 1º Na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A declaração do vencedor de que trata o § 1ª acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

Portanto, o Decreto nº 6.204/07 detalha o momento em que o licitante é declarado vencedor do certame para o início da contagem do prazo de regularização da documentação fiscal. Este deverá ser concedido após o julgamento das propostas, exceto no pregão, que ocorrerá em momento imediatamente posterior à fase de habilitação.

Para Marçal Justen Filho, essa solução requer concessão do prazo para a regularização da situação fiscal da microempresa ou empresa de pequeno porte antes da adjudicação, o que seria ilegal por divergir completamente do texto da Lei Complementar⁸⁴. Contudo, entende-se que o administrador público deverá aplicar o Decreto Federal, que tem validade, vigência e eficácia, até que seja revogado.

Assim, o Decreto designou momento diferente ao previsto na Lei Complementar nº 123/06 para a concessão do benefício. A consequência dessa modificação é que o prazo será concedido antes de concluída a licitação, ou seja, antes da adjudicação e homologação do objeto. Destarte, tornaram-se inaplicáveis as sanções do art. 81 da Lei 8.666/93. Tais penalidades necessitam de comprovada obrigação legal do adjudicatário em executar o objeto, o que somente surgiria ao fim do certame com a adjudicação.

Afinal, como responsabilizar um licitante pela inexecução total da obrigação, se ainda inexistente o vínculo obrigacional? Além disso, a Lei Complementar nº 123/06 determina a decadência do direito à contratação para aquele que não regularizar a sua documentação fiscal

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 75.

dentro do prazo. Ocorre que o direito à contratação somente surge com a adjudicação⁸⁵. Neste caso, não há que se falar em decadência, pois o direito à contratação sequer existiu. Houve mera expectativa de direito⁸⁶.

O Decreto nº 6.204/07 dispõe, ainda, que:

§ 3º A prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados.

A prorrogação, se solicitada, constitui um ato vinculado para o administrador público, que somente não a determinará nas hipóteses de urgência da contratação e de prazo insuficiente para empenho, devidamente justificados. Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto indicam que o termo “urgência da contratação” trata-se de um conceito indeterminado, necessitando de maior regulamentação para delimitar o alcance do dispositivo⁸⁷.

3.3 O impacto do benefício no procedimento da licitação

Conforme já se verificou o benefício da regularização fiscal tardia é auto-aplicável e incidirá em todas as licitações públicas nas modalidades de concorrência, tomada de preços, convite e pregão, com critério de julgamento dos tipos menor preço, melhor técnica e técnica e preço.

O benefício recai na etapa de habilitação, contudo, haverá reflexos em outras. Destaca-se que houve a inclusão de mais uma etapa no certame, consubstanciada na concessão do prazo de dois dias úteis prorrogáveis para a regularização da situação fiscal da ME ou EPP. Além disso, diversas questões poderão ser suscitadas na fase recursal, tais como a veracidade da declaração de enquadramento no regime da Lei Complementar nº 123/06 e a perda superveniente

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 72-73.

⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007. p. 22-23.

⁸⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

da condição de enquadramento. Adicionalmente a Lei Complementar nº 123/06, no artigo 81, encerra a aplicação de penalidade de alcance duvidoso, para aquele que após o prazo não regularizar a sua documentação fiscal, dando margem para discussões administrativas e até mesmo judiciais. Tudo isso somado pode resultar um processo licitatório mais demorado e dificultoso para a administração pública.

4 O DIREITO DE PREFERÊNCIA NOS CASOS DE EMPATE FICTO

4.1 O empate ficto na Lei Complementar nº 123/06

Pode-se conceituar o direito de preferência como o direito facultado à empresa destinatária do regime da Lei Complementar nº 123/06 de cobrir o menor preço ofertado nas licitações públicas por outra empresa que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte, nas situações de empate ficto, definidas em lei.

No artigo 44, a Lei Complementar nº 123/06 estabelece que as microempresas e empresas de pequeno porte terão preferência nos casos de empate. Contudo, o empate não se trata de igualdade dos valores nominais das propostas, mas de uma ficção jurídica na qual serão consideradas empatadas as microempresas - ME - ou empresa de pequeno porte - EPP - com preços iguais ou superiores em até 10% à proposta mais bem classificada. Ressalva que, para a modalidade pregão, este percentual é reduzido a 5%.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Quando esse empate ficto ocorrer, a Lei Complementar nº 123/06, art. 45, determina que “a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado”.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão”.

Ou seja, a pequena empresa poderá cobrir o valor ofertado pela média ou grande empresa. Caso a pequena empresa não exerça o seu direito de preferência, serão convocadas as remanescentes, desde que estejam em empate ficto com a de menor preço, obedecida a ordem de classificação. Tal direito poderá ser oferecido a mais de uma licitante, contudo, será exercido apenas uma única vez, por item, numa licitação. Se houver empate de valores nominais entre pequenas empresas será realizado sorteio. Este direito somente surgirá quando a vencedora original do certame não for ME ou EPP. Na modalidade de pregão, se o direito não for exercido no prazo de cinco minutos opera-se a preclusão.

Para Marçal Justen Filho, o direito de preferência somente é cabível nas licitações do tipo menor preço⁸⁸. Todavia, Joel Meneses de Niebhur entende ser possível a sua aplicação nas licitações tipo técnica e preço. Para o autor, “a microempresa ou empresa de pequeno porte poderia reduzir o seu preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer proposta mais vantajosa à Administração”⁸⁹. Este direito jamais será cabível nas licitações de melhor técnica⁹⁰.

Quanto ao momento de concessão do benefício, para as licitações regidas pela Lei nº 8.666/93, Joel Meneses de Niebhur entende que será após o julgamento das propostas, “procedendo-se à espécie de interpretação analógica da Lei nº 10.520/02”⁹¹. Para Sidney

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 99.

⁸⁹ NIEBUHR, Joel de Meneses. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

Bittencourt a concessão do benefício neste caso deverá ocorrer após o ato de adjudicação do certame”⁹².

Quanto ao momento de concessão do benefício, na modalidade pregão, Sidney Bittencourt entende que "o momento de concessão do benefício seria após a fase de lances e intimação da microempresa ou pequena empresa para apresentar nova proposta”⁹³. Para Ivan Barbosa Rigolim o momento de concessão do benefício seria antes da fase de lances, pois o autor indica que o § 2º do art. 44 se refere a propostas escritas. Ressalta, ainda, que “lances verbais estão fora do âmbito ou da definição legal de propostas, que na lei do pregão são aquelas ofertas exclusivamente escritas”. Dito isso, verificando-se o empate poderá a pequena empresa “substituir a sua proposta escrita por outra, com preço inferior ao menor do certame, e se o fizer sagrar-se-á vencedora da licitação, e assim será declarada pela Administração”⁹⁴.

Entretanto, na esfera federal, o assunto foi resolvido pelo Decreto nº 6.204/07, conforme será abordado a seguir.

4.2 O empate ficto no Decreto nº 6.204/07

O Regulamento Federal condensou as disposições sobre o assunto no artigo 5º, praticamente repetindo o texto da Lei Complementar. Contudo, inovou ao delimitar no *caput* do mencionado artigo o campo de aplicação do empate ficto, que ficou adstrito às licitações do tipo menor preço.

Afirmou, ainda, que para as licitações na modalidade de pregão, lances de igual valor nominal serão considerados classificados conforme a ordem de apresentação. Portanto, não é cabível o sorteio entre as ME e EPP para o exercício do direito de preferência se os lances forem de mesmo valor. Nesse caso valerá a ordem cronológica de apresentação, merecendo a preferência a ME ou EPP que primeiro ofertou o menor lance sob análise.

⁹² BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007. p. 21.

⁹³ Ibidem. Mesma página.

⁹⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Micro e pequenas empresas em licitação. **Revista L&C de Administração Pública e Política**, São Paulo: Fevereiro, v. 14, n. 106, 2007. p. 31.

O Decreto nº 6.204/97 resolveu a questão de qual seria o momento da concessão do benefício para todas as modalidades de licitação. Dispôs que, no pregão, após o encerramento dos lances, a ME ou EPP melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão. Para as demais modalidades licitatórias determinou que “o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante, e estar previsto no instrumento convocatório”.

Destarte, conclui-se que, no pregão, somente poderá ser exercitado dentro do prazo de 5 minutos após o encerramento dos lances, enquanto que nas outras modalidades o momento de concessão é após o ato de declaração do vencedor, após o julgamento das propostas e antes da fase recursal.

4.3 O impacto do direito de preferência no procedimento da licitação pública

O direito de preferência das ME e EPP é auto-aplicável, mas cabível somente nas licitações do tipo menor preço. No que diz respeito às modalidades de licitação, o regime favorecido e diferenciado é aplicável à concorrência, tomada de preços, convite e pregão, não sendo aplicável ao concurso e ao leilão⁹⁵.

Entende-se que, embora exista divergência na doutrina, conforme exposto anteriormente, o direito de preferência incide na etapa de julgamento das propostas, tanto nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, quanto no pregão, presencial e eletrônico. Pode ser aplicado sem maiores dificuldades, contudo, nas licitações compostas de vários itens, o benefício será concedido individualmente, acarretando considerável demora no procedimento licitatório.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 23

5 AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS

Recentemente, a Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010⁹⁶, modificou a Lei nº 8.666/93, acrescentando no artigo 3º nova finalidade para a licitação pública. A inclusão traz a idéia de que o Estado intervém no domínio econômico quando efetua suas compras, estimulando o desenvolvimento do país. Afirma que a licitação pública destina-se, dentre outros objetivos, à promoção do desenvolvimento nacional. Contudo, a Lei Complementar nº 123/06 já havia trazido entendimento semelhante, acrescentando novos elementos a serem observados quanto aos objetivos das contratações públicas.

A Lei Complementar nº 123/06 instituiu a possibilidade de tratamento diferenciado para as microempresas - ME - e empresas de pequeno porte - EPP, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Reconhece, portanto, que uma política de incentivo àquelas empresas poderá afetar de maneira positiva o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Para Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti o tratamento diferenciado das ME e EPP trata-se de uma cláusula geral de direito:

Embora tecnicamente próximas dos conceitos jurídicos indeterminados, as chamadas “cláusulas gerais” da lei deles se distinguem. Ditas cláusulas são formulações da lei, exprimindo valores que devem ser reconhecidos pelo aplicador com a natureza de diretrizes. Em outras palavras: o sistema concebido pela lei (no caso, o tratamento diferenciado em favor das microempresas e empresas de pequeno porte) se moverá sempre de acordo

⁹⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. DOU de 20.7.2010

com as diretrizes de suas cláusulas gerais, sem as quais o próprio sistema perde rumo e congruência ⁹⁷.

A Lei Complementar nº 123/06 traz em si um conteúdo inovador no sentido de que a licitação pública, antes burocrática e auto-referida, ou seja, preocupada com a eficiência de seus próprios procedimentos, passa a olhar para fora de si, para os resultados da licitação como instrumento de promoção do desenvolvimento do país, atuando sobre a alocação do gasto público. Corroborando essa idéia tem-se um trecho de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti:

“Em outras palavras: os resultados da gestão, no estado democrático de direito, não se encontram, propriamente, nos centros de custos, mas, sim, na opinião dos usuários sobre a eficiência e a eficácia dos serviços prestados e recebidos, ou seja, os resultados estão fora da organização estatal e representam a avaliação que os usuários fazem do grau de eficiência e de eficácia com que tal organização se desincumbe dos serviços a seu cargo” ⁹⁸.

Desta forma, busca-se a realização de alguma função anômala ao contrato administrativo que Marçal Justen Filho designou de função “extra-econômica” da licitação, comparando o instrumento à finalidade extrafiscal de alguns tributos⁹⁹. Por outro lado, tem características de política pública redistributiva dos gastos do governo, de maneira a propiciar o desenvolvimento do segmento das ME e EPP, nas esferas local e regional.

Mas como alcançar, de maneira concomitante, objetivos tão diversos entre si, conforme se depreende do texto do artigo 47, da Lei Complementar nº 123/06: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica? Embora diversos tais objetivos encontram-se fortemente relacionados.

⁹⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto Dotti. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p.109.

5.1 Considerações sobre o conceito de desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional

Para Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto desenvolvimento econômico é um conceito jurídico indeterminado¹⁰⁰. O assunto é tratado em diversos estudos do Instituto de Economia e Estatística Aplicada – IPEA. Constituem tais estudos, de maneira geral, diagnósticos que tentam explicar as razões do baixo crescimento do país e dos desafios ao desenvolvimento, fundamentando, muitas vezes, o desenho de diversas políticas públicas. Nesses estudos, o desenvolvimento econômico encontra-se relacionado aos conceitos de vocações regionais e de desenvolvimento sustentável. Quando se refere ao desenvolvimento social este se relaciona fortemente com o crescimento econômico. Segundo José Cardoso de Albuquerque “Há boa evidência empírica das inter-relações entre crescimento econômico e desenvolvimento social no Brasil”.¹⁰¹

Assim sendo, a estratégia de desenvolvimento tem que levar em conta as vocações regionais de cada país. Segundo Carlos Lessa, para o Brasil, um país com forte vocação em recursos naturais, a melhor estratégia seria agregar valor, por meio do desenvolvimento tecnológico, sustentável do ponto de vista ambiental:

[...] como o Brasil já conhece essa experiência histórica, pode queimar etapas, dar um salto de competitividade, fazendo *creative catchingup* (chegando à vanguarda de forma criativa, e não pela simples cópia). Dessa forma, pode-se, simultaneamente, dotar de médio e alto conteúdo tecnológico os setores intensivos em recursos naturais e criar vantagens comparativas em segmentos de áreas de tecnologias avançadas. [...] ligadas à sustentabilidade ambiental, com dois focos: biodesenvolvimento – em sentido amplo, incluindo o agronegócio ecologicamente sustentável; e desenvolvimento de nova matriz energética.¹⁰²

Para João Paulo Reis Velloso, o desenvolvimento sustentável significa o seguinte:

¹⁰⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARINÊS, Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

¹⁰¹ CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Org.). **Desafios ao desenvolvimento brasileiro**: contribuições do Conselho de Orientação do Ipea. Brasília: Ipea, 2009. v. 1. p. 101.

¹⁰² Ibidem. p. 98-103.

Em síntese, desenvolvimento sustentável é uma conciliação necessária para que, de um lado, não continue havendo os problemas de poluição do ar e da água (com danos para a saúde de todos nós), de degradação de terras (com prejuízo para a produção agrícola) e dos morros (com consequências pagas, principalmente, pelos habitantes de favelas), de desmatamento em inúmeros ecossistemas (com efeitos imediatos, principalmente, para os que vivem da agricultura em pequena escala). E, de outro lado, não se desperdicem algumas das melhores oportunidades de um país que se caracteriza pela enorme riqueza de recursos naturais – e, em geral, de recursos naturais renováveis.¹⁰³

Conclui-se, portanto, que a estratégia de desenvolvimento econômico deve levar em conta as vocações regionais, de maneira sustentável, por meio do desenvolvimento tecnológico, o que induz ao crescimento social.

A Lei Complementar nº 123/06, quando dispõe que “poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado [...] objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”, determina que a aplicação do tratamento diferenciado esteja subordinada ao alcance daquele objetivo. Mas como determinar se tal objetivo foi ou será alcançado?

Verifica-se que quando o Governo amplia o acesso das ME e EPP ao mercado das compras governamentais, por diversos tipos de procedimentos, estabelecendo preferências e reservas de cotas para a contratação, está também contribuindo para aumentar os lucros daqueles segmentos de empresas e, por via reflexa, está fortalecendo esses empreendimentos. Uma maior capitalização das ME e EPP, por meio dos lucros obtidos junto aos negócios com o governo, contribui para a geração de empregos e para o desenvolvimento das regiões onde estão localizadas.

Contudo, não se trata de selecionar a melhor proposta dentro de uma região geográfica de maneira a direcionar o gasto público para determinada localidade. Pelo contrário, pode ser que determinada localidade não produza o bem ou serviço e a sua vocação econômica seja de outra natureza. Ou, mesmo que o produza, não o faça de maneira competitiva dentro do mercado. Por exemplo, não se pode pretender que a região amazônica produza os mesmos bens e

¹⁰³ CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Org.). **Desafios ao desenvolvimento brasileiro**: contribuições do Conselho de Orientação do Ipea. Brasília: Ipea, 2009. v. 1. p. 101.

serviços que as demais regiões do país; a sua estratégia de desenvolvimento passa necessariamente pela preservação da floresta.

No mesmo sentido, Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti analisam o artigo 1º do Decreto nº 6.204/2007, o qual repete, em seus incisos, o artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2007:

Resta definir o conteúdo do “âmbito municipal e regional”, que está correlacionado, no inciso I do art. 1º, a desenvolvimento econômico e social. Por isto que o parâmetro do conceito é de natureza econômico-social, afastando qualquer conotação de circunscrição ou competência territorial. O “âmbito municipal e regional” compreende, para os fins da lei e do decreto, as atividades peculiares à vocação econômica regional ou municipal – agrícola, industrial, extrativa, artesanal, turística etc. Os contratos, a cujo acesso se pretende garantir tratamento diferenciado em favor de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como a sociedades cooperativas, devem ter por objeto atividades compatíveis com a vocação econômico-social da região ou do Município em que as respectivas obrigações haverão de ser cumpridas pela contratada. Logo, as políticas públicas a que alude o inciso II do art. 1º são igualmente aquelas traçadas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, tendo por destinatárias essas atividades [...].

Portanto, não se trata de uma política que vise ao benefício das ME e EPP, desconsiderando a seleção da melhor proposta, objetivo previsto na Lei 8.666/93. Pelo contrário, é importante lembrar que cada local possui a sua vocação econômica própria e que o mercado se encarregará de selecionar aqueles empreendimentos que dispuserem de vantagem competitiva no seu ramo de atuação.

As estratégias de desenvolvimento não são iguais para as diversas realidades das regiões do país. Não se pretende que todas as regiões e localidades sejam competitivas para todos os tipos de produtos e serviços. O que se pretende é alcançar o desenvolvimento das vocações de cada região, num modelo de desenvolvimento sustentável.

5.2 Considerações sobre o conceito de aumento da eficiência das políticas públicas

Outro objetivo a ser alcançado é o aumento da eficiência das políticas públicas. Um governo, fundamentalmente, implementa os seus objetivos por meio de políticas públicas. De

acordo com Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti, as políticas públicas passam a dispor de cogência quando estabelecidas em instrumentos normativos:

O conceito de política pública é polissêmico e, como tal, sujeito à influência de valores e ideologias do grupo que exerce o poder e detém a possibilidade de fazer ou deixar de fazer ações, implementar ou descontinuar projetos. Todavia, na medida em que a política pública seja estabelecida em textos constitucionais e/ou orgânicos, passa a dispor de cogência incontestável, tornando-se sua execução exigível dos governos. É o caso do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado devido às microempresas e empresas de pequeno porte, por força do comando explicitado nos artigos 146, III, “d”, 170, IX, e 179 da Constituição Federal ¹⁰⁴.

Celina Sousa define política pública, conforme se segue:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real ¹⁰⁵.

De maneira geral, a eficiência de uma política pública é medida na fase de avaliação, na qual se observa que a fase de implementação tem um papel relevante sobre o alcance dos resultados pretendidos ¹⁰⁶. Assim sendo, é necessário mensurar os resultados alcançados com uma política, tendo em vista que o conceito de eficiência está relacionado a fazer mais com menos recursos. Tal conceito é “originado nas Ciências Econômicas que significa a melhor relação custo/benefício possível para o alcance dos objetivos estabelecidos no programa” ¹⁰⁷.

¹⁰⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

¹⁰⁵ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Disponível em < <http://www.scielo.br> > Acesso em: 25 ago.2010.

¹⁰⁶ SILVA, Pedro Luis Barros; Marcus André Barreto de Melo. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos**. São Paulo: Unicamp. 2000. p. 3.

¹⁰⁷ COSTA, Frederico Lustosa da Costa; José Cezar Castanhar. **Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos**. Disponível em < <http://www.ebape.fgv.br> > Acesso em: 25 ago. 2010.

Para Celina Souza, um dos modelos de formulação e análise é o do ciclo das políticas públicas, que pode determinar um possível desenho de uma política pública. A avaliação dos resultados é uma das fases desse ciclo:

Esta tipologia vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado. O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação. Esta abordagem enfatiza sobretudo a definição de agenda (agenda *setting*) e pergunta por que algumas questões entram na agenda política, enquanto outras são ignoradas¹⁰⁸.

A Lei Complementar nº 123/06 determina que nas contratações públicas poderá ser concedido tratamento diferenciado às ME e EPP, objetivando a ampliação da eficiência das políticas públicas. Mas de quantas políticas públicas se pretende aumentar a eficiência? Seria necessário conhecer o desenho de cada política pública?

Conclui-se que quando o Governo contribui para aumentar os lucros desse segmento de empresas, pela facilitação do acesso ao mercado das compras governamentais, de forma mais ou menos direta, estará fortalecendo esses empreendimentos e melhorando a eficiência das políticas que visem à proteção e incentivo daquelas empresas. Diminui-se, assim, a possibilidade de falência, permitindo que cresçam e se tornem grandes empresas no futuro, contribuindo, inclusive, para o aumento da eficiência de diversas políticas públicas, tais como as de: redução do desemprego, redução do mercado informal, desenvolvimento regional, etc. Seria impossível enumerar todas as políticas públicas, tendo em vista que são elaboradas por todas as esferas de governo - Federal, Estadual, Distrital e Municipal - e estão espalhadas nos mais diversos instrumentos normativos.

5.3 Considerações sobre o conceito de incentivo à inovação tecnológica

Já para se alcançar o objetivo de desenvolvimento tecnológico, o assunto envolve políticas de subsídios, incentivos diversos e financiamentos à pesquisa científica, o que causa estranheza quanto ao requisito legal.

¹⁰⁸ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Disponível em < <http://www.scielo.br> > Acesso em: 25 ago.2010.

Contudo, a ampliação da participação das ME e EPP nas compras governamentais pode incentivar a inovação tecnológica, mas de maneira indireta. Uma vez capitalizadas pelos lucros obtidos nas compras governamentais, aquelas empresas podem investir no desenvolvimento de tecnologias para a ampliação da eficiência de seus negócios, o que possibilita economias de escala, redução de custos, registro de novas patentes, etc. Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti entendem que:

Saber se a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado àquelas empresas e cooperativas implica incentivo à inovação tecnológica demandaria dos agentes da Administração demonstração nada corriqueira, qual seja a de que a contratação ensejaria o emprego de conhecimento, de método ou de processo produtivo capaz de agregar valor ao objeto do contrato, em comparação com o que se encontra no mercado, praticado pelas empresas de maior porte. Soa como desafio pretensioso e contraditório em relação à simplificação pretendida ¹⁰⁹.

Os referidos autores acrescentam, ainda:

“Somadas e integradas as diretrizes dessas três cláusulas gerais legais, enunciadas no art. 1º e seus incisos do Decreto n.º 6.204/07, exsurge que este não almejaria alargar, ilimitadamente, a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às entidades de pequeno porte nas licitações públicas. O administrador público planejará as contratações sob o regime diferenciado analisando as circunstâncias do caso concreto (objeto, mercado, custos e prazo de execução, vantajosidade, possíveis prejuízos ao conjunto ou complexo do objeto, capacidade econômico-financeira da contratada, entre outros) e poderá direcionar a atuação administrativa no sentido de afastar a incidência das regras de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, das que possibilitem a subcontratação destas, ou das que lhes garantem reserva de cota. Ou seja, o tratamento diferenciado, embora constitucional, não é um valor absoluto. Será imperativo que, a cada situação, se demonstre a sua conveniência para o interesse público, aferido segundo as diretrizes que o justificam ¹¹⁰.”

Contudo, em contraponto à opinião dos autores, entende-se que na aplicação do regime diferenciado e simplificado por meio de licitações diferenciadas para as ME e EPP é presumido o alcance dos objetivos da Lei Complementar nº 123/06, devido às próprias

¹⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07.** Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

¹¹⁰ Ibidem.

características dos benefícios, sem necessitar que o administrador público conheça de antemão todas as políticas públicas existentes, o desenho de cada uma delas, a mensuração da eficiência de cada uma, ou mesmo qual tipo de inovação tecnológica será gerada e de que maneira se dará o desenvolvimento regional e local. Portanto, caso se exija que o administrador público promova tal demonstração estar-se-ia inviabilizando a aplicação das licitações diferenciadas, no caso concreto. Ressalta-se, porém, que devem ser fielmente observados os princípios gerais da licitação pública, para que a sistemática não seja desvirtuada em relação àqueles objetivos.

5.4 Categoria de benefícios às ME e EPP

Os benefícios se dividem em três categorias. Serão aplicados nas licitações públicas nas seguintes hipóteses, conforme incisos I a III do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06: a) em procedimento destinado exclusivamente à participação de ME e EPP, nas contratações de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de ME, EPP ou cooperativa equiparada, observando-se o percentual máximo do objeto a ser subcontratado de 30% (trinta por cento) do total licitado; c) em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME e EPP, somente possível em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Contudo, existem limitações à aplicação das licitações diferenciadas, tratadas no artigo 49 da Lei Complementar:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

O tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP, sob pena de nulidade, deve estar previsto no instrumento convocatório, deve, também, haver possibilidade de competição, ser vantajoso à administração, além de não se enquadrar nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Ademais, é possível a aplicação dos benefícios na esfera federal, estadual e municipal. Porém, é necessário que o assunto esteja regulamentado pelo ente respectivo.

Na esfera federal foi editado o Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007 e, posteriormente, todos os Estados e diversos municípios emitiram regulamentos. O Distrito Federal não regulamentou a matéria. Assim, verifica-se a adesão de todos os Estados ressalvado o Distrito Federal e uma adesão de 36% dos municípios¹¹¹.

Os benefícios têm características distintas, sendo a seguir tratados separadamente para melhor compreensão de suas diferenciações.

5.5 Licitações exclusivas para ME e EPP nas contratações até oitenta mil reais

5.5.1 Características

A Lei Complementar nº 123/06 permitiu licitações exclusivas para ME e EPP, desde que previamente regulamentado pelo respectivo ente. Assim sendo, nas compras de até 80 mil reais permitir-se-á a participação exclusiva de ME e EPP.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) [...].

Para Andréa Russar Rachel “essa medida traz enorme vantagem para as microempresas e empresas de pequeno porte, tendo em vista que diminui consideravelmente a

¹¹¹ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br>>. Acesso em 28 ago. 2010.

lista de competidores no certame”¹¹². Para Ronny Charles Lopes de Torres a discriminação é inconstitucional sob o argumento de que se assim não o fosse os Estados e Municípios do Nordeste estariam autorizados a emitir legislações sobre restrições de suas licitações ao território local¹¹³. Contudo, entende-se possível a discriminação, tendo em vista que o princípio do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” tem sede constitucional, previsto no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal de 1989, e que a discriminação não possibilita por si só a inserção de uma limitação territorial para as licitações públicas, conforme já tratado neste trabalho.

A Lei Complementar nº 123/06 afirma que a administração pública “poderá” realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP, nas contratações de valor até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Indica, portanto, a discricionariedade quanto à decisão se o processo licitatório será realizado exclusivamente para ME e EPP. Contudo, essa discricionariedade encontra limites nos termos do artigo 47 do diploma legal, pois tais licitações exclusivas devem objetivar a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

5.5.2 A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07

Na esfera federal, este tipo de tratamento está regulamentado no Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, com uma modificação. Diversamente do disposto na Lei Complementar nº 123/06 que afirma que a administração pública “poderá” realizar o procedimento licitatório exclusivo para ME e EPP, o Decreto dispõe que a administração “deverá” realizá-lo quando o valor for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais):

Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e

¹¹² RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006)**. Disponível em < <http://www.jus.com.br> > Acesso em 26 ago. 2010.

¹¹³ TORRES, Roni Chave Lopes. **O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 26 ago.2010.

empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

O Decreto, por sua vez, é mais restritivo, determinando ao administrador a aplicação do referido benefício. Por conseguinte, na esfera federal o assunto está tratado como ato vinculado para o administrador público. Este deverá justificar a não aplicação, que somente se dará quando houver a subsunção da situação fática aos requisitos do artigo 9º do Regulamento Federal. Tal artigo do Decreto nº 6.204/07 trata das limitações para a utilização de todas as modalidades de licitações diferenciadas, assunto que adiante será abordado.

5.6 Licitações com subcontratação obrigatória de ME e EPP nas contratações até o limite de 30% do objeto licitado

5.6.1 Características

Essa modalidade de benefício prevê a possibilidade de que a futura contratada deverá subcontratar com ME ou EPP, até o percentual de 30% do objeto licitado, conforme previsto no item II, do artigo 48, da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: [...] II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado [...].

Marçal Justen Filho lembra que “subcontratação não se confunde com cessão de contrato”. O autor destaca ainda:

“[...] o particular vencedor da licitação será o único obrigado em face da Administração Pública pela execução adequada e satisfatória do objeto contratado. O eventual inadimplemento absoluto ou relativo, imputável à ME ou EPP subcontratada, não pode ser oposto pelo particular em face da Administração”¹¹⁴.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 117.

Isso gera uma importante implicação prática, pois caso ocorra inexecução total ou parcial do objeto subcontratado, o contratado deverá arcar com o prejuízo. Assim, está impedido de opor à administração pública a inexecução do subcontratado como justificativa para inexecução do objeto, sendo responsabilizado totalmente¹¹⁵.

5.6.2 A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07

O regulamento federal prevê a possibilidade de aplicação da subcontratação obrigatória de ME ou EPP para fornecimento de bens, serviços e obras, sob pena de desclassificação do certame, mas desde que previsto o instrumento convocatório.

Art. 7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando:

I - o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital.

Ainda, nos incisos II e III do artigo 7º, prevê que o subcontratado será identificado pela licitante, com a descrição e valor dos bens e serviços a serem fornecidos. No momento da habilitação e durante toda a vigência contratual, serão exigidos os documentos de regularidade fiscal e trabalhista da ME e EPP, sob pena de rescisão. Segundo Marçal Justen Filho essa “espécie de preferência não pode ser acompanhada de identificação prévia, da pequena empresa a ser beneficiada”¹¹⁶. Ressalta ainda a autonomia do contratado na escolha do subcontratado, tendo em vista a responsabilidade do primeiro¹¹⁷.

O Regulamento também prevê a possibilidade de substituição da subcontratada, no prazo de 30 dias, na hipótese de extinção, e de execução pelo contratado nos casos de inviabilidade de nova subcontratação, devidamente fundamentada. Ainda, que a contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação. Para Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti os conceitos

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 117.

¹¹⁶ Ibidem. Mesma página.

¹¹⁷ Ibidem. Mesma página.

envolvidos são indeterminados¹¹⁸ e, por isso, carecem de interpretação para delimitação do alcance e significação.

O Decreto aponta limites materiais. Designa as hipóteses de impossibilidade de aplicação da subcontratação obrigatória, que deverão constar do instrumento convocatório e tratam de impedimentos com relação ao subcontratante: a) se este for microempresa ou empresa de pequeno porte; b) se fizer parte de consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; c) se fizer parte de consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Adicionalmente, o Regulamento aponta outra limitação. O fornecimento de bens só será possível se estiver vinculado à prestação de serviços acessórios, que deverá ser comprovado no momento da aceitação na modalidade pregão e no momento da habilitação para as demais modalidades. Também, no Parágrafo 4º, do Decreto nº 6.204/07, há uma imposição ao administrador público de justificar a não aplicação da subcontratação obrigatória de ME ou EPP. Determina, igualmente, a impossibilidade de indicação pela administração das parcelas a serem subcontratadas ou da indicação de empresas de pequeno porte a serem subcontratadas.

José Anacleto Abduch Santos entende que a imposição de subcontratar com ME ou EPP pode representar limitações de ordem jurídica e de ordem econômica:

A limitação de ordem jurídica deriva de que exigir dos licitantes a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte em até 30% do total licitado pode produzir restrição à competitividade. Pela norma, todos os potenciais interessados em participar do certame devem ter em seu círculo de relações comerciais parceiros enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, aptos e dispostos a serem subcontratados, o que certamente constitui um óbice. Lembre-se que a subcontratação requer a existência de um liame de confiança mútua entre subcontratante e subcontratado, eis que esta relação contratual importa em responsabilidade solidária perante a Administração no tocante à execução do objeto do contrato principal. Nem se diga que a estipulação de um cadastro de ME e

¹¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07.** Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

de EPP por ramo de atividade empresarial poderia atenuar o problema por oferecer multiplicidade de escolha aos licitantes não enquadrados. O fundamento é que inexistirá o necessário vínculo de confiança de uma subcontratação obrigatória com empresa estranha ao círculo empresarial e negocial do licitante. A limitação de ordem econômica deriva do aumento de custos que a subcontratação pode representar para a licitante não enquadrada. A planilha de custos do subcontratante deverá incorporar os custos da subcontratação (BDI, encargos adicionais etc.), o que pode inviabilizar sua proposta comercial. A subcontratação importará apropriação de custos que inexisteriam pela execução integral do contrato pelo licitante vencedor do certame que não se enquadre na categoria de ME ou EPP. Supondo que a apropriação desses custos adicionais pela subcontratante não inviabilize a proposta, certamente importará em proposta menos vantajosa para o Poder Público. Parece clara a restrição à participação, à competitividade e à vantajosidade ¹¹⁹.

O referido autor destaca que a imposição de subcontratação poderá ocasionar contratações desprovidas da relação de confiança entre o contratado e o subcontratado, o que poderá ocasionar a inexecução do objeto. Além disso, destaca que o subcontratante deverá arcar com as despesas indiretas do subcontratado, tais como BDI e encargos adicionais, o que poderá representar custos mais altos ao Poder Público do que os decorrentes de uma contratação totalmente executada pelo contratado. Para Marçal Justen Filho, o tema ainda carece de maior regulamentação e, por isso, o edital deverá suprir as questões controversas ¹²⁰. A subcontratação obrigatória deverá ser aplicada com cautela sob pena de conduzir a contratações desvantajosas para a administração.

5.7 Licitações com reserva de cotas às ME e EPP

5.7.1 Características

A terceira espécie de licitação diferenciada é a possibilidade de reserva de cotas para participação de ME e EPP, até o limite de 25%, para aquisições de natureza divisível.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: [...] III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do

¹¹⁹ Apud RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006)**. Disponível em < <http://jus.com.br>> Acesso em: 26 ago. 2010.

¹²⁰ Ibidem.

objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Marçal Justen Filho caracteriza o dispositivo como sendo fracionamento obrigatório, uma vez que o objeto será dividido de maneira que uma cota seja reservada à participação das ME e EPP. Segundo o autor, o fracionamento tem solução similar ao fracionamento interno, “quando a licitação de um único objeto divisível comporta disputa não apenas pelo todo, mas também por lances parciais”. Assim sendo, não serão necessárias duas licitações, mas apenas uma fracionada internamente¹²¹.

5.7.2 A regulamentação federal pelo Decreto 6.204/07

O artigo 8º do Regulamento Federal acrescenta que essa modalidade de benefício poderá ser utilizada na contratação de bens, serviços e obras de engenharia, de natureza divisível, mas desde que não seja comprometido o conjunto ou complexo do objeto.

Verifica-se, portanto, que o interesse público requer que a contratação seja vantajosa para a administração, prevendo que não poderá haver prejuízo à execução do objeto contratado. Ora, se assim não fosse, as contratações, no caso de serviços e obras, estariam passíveis de sofrer atrasos ou até mesmo inviabilizadas pela inexecução das parcelas de responsabilidade das ME e EPP. Diferentemente da subcontratação prevista no art. 72 da Lei 8.666, não é possível opor a inexecução ao vencedor da cota principal, pois a ME e EPP não tem qualquer vínculo de subordinação com a vencedora da cota principal, arcando o Poder Público diretamente com os prejuízos.

De acordo com § 1º, a ME ou EPP poderá participar da cota reservada e da cota não reservada da licitação, podendo, inclusive, obter a vitória em ambas. Teremos quatro situações possíveis: a) cota reservada e cota principal vencidas por ME ou EPP, com preços iguais; b) cota reservada e cota principal vencida por ME ou EPP, com preço da cota principal menor que o da cota reservada; c) cota reservada e cota principal vencidas por ME ou EPP, com

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 140.

preço da cota principal maior que o da cota reservada; d) cota principal vencida por empresa de grande porte e a cota reservada sem vencedor.

No primeiro caso, não há quaisquer dificuldades, pois os preços de ambas as cotas serão idênticos, presumindo-se vantajosos, desde que estejam de acordo com os preços de referência.

Para a segunda situação, o Decreto nº 6.204/07 previu no § 3º do art. 8º que “a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor que o da cota reservada”. Desta forma, as cotas serão adjudicadas pelo menor preço.

Quanto ao terceiro caso, acontecerá uma situação curiosa: a ME ou EPP fornecerá o mesmo item com preços diferentes. Não existe na Lei Complementar ou no Decreto qualquer disposição que obrigue a ME ou EPP a fornecer pelo menor dos dois preços. Marçal Justen Filho aponta uma solução para o caso:

“[...] se uma fração do objeto foi licitada por preço inferior ao obtido na parcela maior, caberá investigar a razão para a elevação de custo. Se não houver justificativa plausível, deverá ser revogada parcialmente a licitação no tocante à cota principal”¹²².

Contudo, na modalidade do pregão é possível a negociação direta com o fornecedor, antes da adjudicação, visando à redução do preço da cota principal. Do contrário, a existência de preços diferentes para um mesmo item poderá afrontar o princípio da vantajosidade, caso a variação não seja razoável considerando os custos, preço de mercado e a justificativa para a diferença dos preços¹²³.

Para resolver a quarta situação dispõe o § 2º do art. 8º do Regulamento Federal que o edital deverá dispor que, caso não haja vencedor da cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, pelo mesmo preço.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 142.

¹²³ Ibidem. p. 142.

5.8 Limitações à aplicação das licitações diferenciadas para as ME e EPP, de acordo com o Decreto 6.204/2007

As limitações à aplicação das licitações diferenciadas estão contidas nos dispositivos dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006, repetidas no artigo 9º do Decreto 6.204/07. O Regulamento Federal inova, somente, com relação ao inciso V e ao Parágrafo único:

“Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência”.

Sendo assim, conclui-se que deverá haver possibilidade de disputa entre os licitantes, exigindo-se a existência de três fornecedores competitivos na região. A contratação deverá ser vantajosa à administração, considerando que não ultrapasse o preço de referência do processo licitatório. Além disso, existem limites materiais excluindo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação e um limite de 25% do orçamento disponível para aplicação de todos os benefícios de licitações diferenciadas.

Depreende-se que o inciso V, do Decreto nº 6.204/07, impõe o dever ao administrador público de justificar a não aplicação do tratamento favorecido e diferenciado, sempre que este não atingir os objetivos do artigo 1º do Regulamento Federal. Impõe, também, a necessidade de que a aplicação deva alcançar tais objetivos; *a contrario sensu* não há necessidade de justificar a opção do agente público, tratando-se de ato discricionário. O alcance de tais objetivos é presumido quando se aplica o tratamento favorecido e diferenciado em conformidade

com as disposições normativas e princípios gerais das licitações e contratações públicas, pois difícil seria dar aplicabilidade aos dispositivos se a sua aplicação dependesse de justificativa do agente público, demonstrando que foram alcançados os objetivos do art. 47 da Lei Complementar nº 123/06, reproduzidos no art. 1º do Regulamento.

Dispõe o art. 10 do Decreto nº 6.204/07 que o tratamento diferenciado e simplificado deverá estar previsto expressamente no instrumento convocatório. Portanto, a limitação é cabível para todos os tipos de tratamento diferenciado, incluindo-se, aqui, todas as licitações diferenciadas.

6 ANÁLISE DAS INOVAÇÕES EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, os benefícios da Lei Complementar nº 123/06 constituem exceções ao princípio da igualdade. Ainda observa que as exceções não conflitam com o princípio da isonomia, pois o art. 5º da Constituição Federal “somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais”. No caso das microempresas e empresas de pequeno porte “a diferenciação surge da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais”¹²⁴.

Para Marinês Restelatto Dotti os dispositivos da Lei Complementar nº 123/06 não se prestam a resolver os conflitos econômicos já existentes no mercado, pelo contrário, apenas contrariam ao princípio da igualdade nas contratações públicas¹²⁵.

Para Roni Charles Lopes Torres, a questão deve ser interpretada sob o prisma da unidade da Constituição Federal, na qual não se permitem antinomias verdadeiras. Não existe conflito real entre as normas, devendo ser adotada a solução hermenêutica de maior efetividade à norma constitucional. Contudo, a sistemática da Lei Complementar nº 123/06 pode tolher o principal objetivo da licitação pública, ou seja, a obtenção da melhor proposta e o respeito à isonomia, pois este último só é possível respeitados alguns critérios dentre eles a adequação “entre as diferenças reais e o fator de discriminação usado, bem como a consonância entre este tratamento diferenciado e o próprio ordenamento jurídico”.¹²⁶

Marçal Justen Filho entende que a própria constituição deferiu a possibilidade de tratamento favorecido às ME e EPP. A orientação da Constituição Federal é a de que as pequenas empresas devem ser protegidas face à sua hipossuficiência em relação às grandes empresas. Contudo, o estabelecimento dessa proteção às pequenas empresas deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Faz-se necessária a compatibilidade com os fins buscados, ou

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p.331-332.

¹²⁵ DOTTI, Marinês Restelatto. **Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006**: implicações jurídicas e soluções operacionais. Disponível em < <http://www.agu.gov.br>> Acesso em: 25 de ago. 2010.

¹²⁶ TORRES, Roni Charles Lopes. **O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br>> Acesso em: 25 de ago. 2010.

seja, a contratação será constitucional desde que seja utilizada para fomento da atividade econômica e redução das desigualdades. Contudo, não poderá conduzir à eliminação de direito fundamental de uma grande empresa. Além disso, o tratamento favorecido não poderá conduzir ao desperdício de recursos públicos, pois isso seria contrário ao princípio da república¹²⁷.

Entende-se que o tratamento favorecido e diferenciado está constitucionalmente protegido. Consubstancia-se na função administrativa de fomento, na qual o governo pretende incentivar o segmento das microempresas e empresas de pequeno porte. Partiu-se do pressuposto de que essas empresas estariam em condições de desvantagem em relação às médias e grandes empresas. Contudo, a aplicação do regime não poderá conduzir a contratações desastrosas, pois isso estaria subvertendo as próprias finalidades da licitação pública.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 33-36.

CONCLUSÃO

A Lei Complementar nº 123/06 trouxe muitas mudanças nos procedimentos das licitações públicas, visando a oferecer benefícios e preferências às ME e EPP nas compras governamentais. Na esfera federal o tema foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204/07 e na esfera estadual houve uma adesão de todos os Estados, exceto do Distrito Federal. Na esfera municipal, 36% dos municípios emitiram regulamentos.

Os benefícios auto-aplicáveis são aqueles obrigatórios em todas as licitações públicas, exceto nas modalidades de concurso e leilão: o direito de postergar a comprovação da regularidade fiscal e o direito de preferência nos casos de empate ficto. O direito de comprovação da regularidade fiscal da microempresa e empresa de pequeno porte incide na fase de habilitação da licitação pública, postergando a apresentação da documentação regularizada até o momento da assinatura do contrato. Já o direito de preferência das ME e EPP incide na fase do julgamento das propostas, possibilitando que aquelas empresas introduzam melhorias posteriores nos preços ofertados, caso a melhor proposta seja de uma média ou grande empresa, de maneira que a ME ou EPP seja a vencedora do certame.

Os benefícios dependentes de regulamentação tratam da possibilidade de realização de licitações diferenciadas: as licitações exclusivas para a participação de ME e EPP cujo valor não exceda a oitenta mil reais, as licitações com a subcontratação de ME ou EPP até 30% do objeto licitado e a reserva de cota de até 25% do total licitado para a participação das ME e EPP. Tais licitações diferenciadas compreendem reserva de cotas à participação de microempresa e empresa de pequeno porte, tendo em vista que garantem a contratação daquelas empresas, desde que regulamentado pelo respectivo ente e previsto no instrumento convocatório. A aplicação das licitações diferenciadas está condicionada ao alcance de determinadas finalidades: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Contudo, o alcance de tais finalidades deve ser presumido dada a dificuldade de demonstração prática, o que demandaria dos administradores públicos conhecimento sobre complexos instrumentos de políticas públicas, dispersos nos mais diversos normativos, inviabilizando quaisquer concessões dos benefícios.

Posteriormente, a Lei 11.488/07 equiparou às ME e EPP as sociedades cooperativas que tenham auferido receita bruta até o limite estabelecido aos pequenos empreendimentos, na Lei Complementar nº 123/06.

Conclui-se que houve profundas modificações no procedimento da licitação pública, visando ao incentivo da micro e pequena empresa, que tornaram o procedimento licitatório ainda mais complexo e demorado. Entretanto, os benefícios não poderão conduzir à administração pública a contratações desvantajosas, sob a pena de frustrar a própria finalidade da licitação pública.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007.

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 08.08.2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. DOU de 09.08.2000.

BRASIL. Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. DOU de 05.9.2007.

BRASIL. Lei Complementar nº123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Republicado no DOU de 31.1.2009.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02.06.1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. DOU de 02.06.1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 22.06.1993.

BRASIL. Lei nº 9.472. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. DOU de 17.7.1997.

BRASIL. Lei nº 9.478/97. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. DOU de 7.8.1997.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002. BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de

1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. DOU de 20.7.2010.

BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. DOU de 20.7.2010

CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Org.). **Desafios ao desenvolvimento brasileiro:** contribuições do Conselho de Orientação do IPEA. Brasília: IPEA, 2009. v. 1.

COSTA, Frederico Lustosa da Costa; José Cezar Castanhar. **Avaliação de programas públicos:** desafios conceituais e metodológicos. Disponível em < <http://www.ebape.fgv.br> > Acesso em: 25 ago. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DOTTI, Marinês Restelatto. **Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:** implicações jurídicas e soluções operacionais. Disponível em < <http://www.agu.gov.br> > Acesso em: 25 de ago. 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Estatuto nacional das micro e pequenas empresas.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

LIMA, Jonas. **Licitações para pequenas empresas:** novidade da década de 40. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** empresa e atuação empresarial. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MAURANO, Adriana. **O Estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte e as licitações públicas.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 10.

MAZZA, Alexandre; Flávia Cristina Moura de Andrade. **Prática de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. vol. II.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contrato administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. **Participação das micros e pequenas empresas nas compras do governo passou de R\$ 2 bilhões para R\$ 9,5 bilhões**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>> Acesso em: 17 set. 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006.

_____. **Repercussões do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte em licitação pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 07.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto Dotti. **As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06 e Lei nº 11.488/07)**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br>> Acesso em: 25 de ago. 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07**. Disponível em < <http://www.agu.gov.br>> Acesso em: 25 de ago. 2010.

RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006)**. Disponível em < <http://www.jus.com.br>> Acesso em: 26 ago. 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e pequenas empresas em licitação**. Revista L&C de Administração Pública e Política, São Paulo: Fevereiro, v. 14, n. 106, 2007.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENA EMPRESA. **Sebrae e Dieese lançam Anuário do Trabalho na MPE – 2009**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br>> Acesso em: 17 set. 2010.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENA EMPRESA. **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa 2009**. 3. ed., Brasília; São Paulo: Sebrae; Dieese, 2010.

SILVA, Pedro Luis Barros; Marcus André Barreto de Melo. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil:** características e determinantes da avaliação de programas e projetos. São Paulo: Unicamp. 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas:** uma revisão de literatura. Disponível em < <http://www.scielo.br>> Acesso em: 25 ago.2010.

TORRES, Roni Chaves Lopes. **O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas.** Disponível em < <http://www.agu.gov.br>> Acesso em: 26 ago.2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. AC nº 1815. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 nov. 03. DOU de 09.12.03.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. 3ª Turma. ACP nº 01082. Relator Desembargador Bertholdo Satyro. Brasília, DF, 03 jun. 04. DJ de 23.4.04.